

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1267/2018-MARPU

ATA/172/2019

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 26 février 2019**

dans la cause

**ALBOS SÀRL**

contre

**OFFICE DES BÂTIMENTS**

---

## EN FAIT

1. a. Le 27 septembre 2017, le département des finances, devenu depuis lors le département des finances et des ressources humaines (ci-après : DF), soit pour lui l'office des bâtiments (ci-après : OBA), a fait paraître dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) ainsi que sur la plateforme internet Simap (site [www.simap.ch](http://www.simap.ch)) un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché public de travaux de construction, soumis aux accords internationaux (ci-après : le marché). Le marché, non divisé en lots, avait pour intitulé « Lot 28170 Revêtements de sol en bois », dans le cadre de la « restauration et transformation de l'Ancienne École de Médecine et construction d'une annexe ». Il était renvoyé aux documents d'appel d'offres s'agissant de la possibilité de proposer des variantes ou des offres partielles. La durée du marché, non reconductible, était de six mois. Le délai pour poser des questions par écrit était fixé au 17 octobre 2017, celui du dépôt des offres aux 7 novembre 2017.
  - b. L'art. 3.1 de l'avis d'appel d'offres précisait que seules seraient retenues les offres de soumissionnaires qui respectaient les usages locaux, qui payaient les charges sociales conventionnelles selon l'art. 32 du règlement sur la passation des marchés publics du 17 décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) et apportaient la preuve qu'ils exerceraient une activité en rapport quant à sa nature et à son importance avec celle dont relevait le marché concerné.
  - c. Le dossier d'appel d'offres « K2 » contenait à la page 4, une liste des documents et attestations à retourner à l'adjudicateur. Selon cette liste, le soumissionnaire devait retourner avec les offres notamment, les « conditions générales du contrat d'entreprise FMB-FAI-État et Ville de Genève 2016 » (ci-après : contrat FMB-FAI) et les « conditions particulières de l'architecte » datés et signés (ch. 14 et 15). Selon l'art. 14.1 du contrat FMB-FAI, « le prix de l'offre comprend tout ce qui est nécessaire à l'exécution d'un ouvrage selon les règles de l'art ». L'art. 19.1 prévoyait que l'entrepreneur et le maître d'ouvrage étaient tenus de contracter une assurance responsabilité civile suffisante. À défaut d'indications contraires, la couverture était de CHF 10'000'000.-.
2. a. Albos Sàrl (ci-après : Albos) est une société à responsabilité limitée active dans la fourniture et pose de parquet, les travaux de maintenance et de rénovation de bâtiment et toutes les prestations de services dans le domaine de l'entretien de bâtiment.
  - b. Le 15 mars 2017, elle a soumis le dossier d'offres « K2 » auquel elle a notamment joint les deux documents susmentionnés dûment signés. Elle a par ailleurs ajouté une page intitulée : « Corrections et/ou précisions apportées aux conditions générales et/ou conditions particulières ». Il était précisé dans ce

document, s'agissant des prestations relatives au prix de l'ouvrage, que les travaux éventuels tels que la préparation du support, lissage, rhabillage, imprégnation de la chape, protections etc., n'étaient pas compris dans les prix d'Albos pour autant qu'ils ne figurent pas dans le descriptif de la soumission, avec indication des prix unitaires. Il était également indiqué que la couverture de l'assurance responsabilité civile de l'entrepreneur était de CHF 5'000'000.-.

3. Par décision du 16 avril 2018, annulant et remplaçant celle, à l'intitulé incorrect, du 12 avril 2018, l'OBA a exclu Albos du marché public en cause. Son offre n'était pas conforme aux exigences du cahier des charges en raison d'une modification des conditions particulières de celui-ci. Par ailleurs, l'OBA avait adjugé le marché à la société Ducrest Sàrl (ci-après : Ducrest).

4. Par acte du 18 avril 2018, Albos a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à ce que l'exclusion de son offre soit annulée, que l'adjudication des travaux soit faite à son bénéfice, qu'elle soit classée à la première place et qu'il soit dit qu'elle remplissait les critères requis, selon le procès-verbal d'ouverture des offres du 9 novembre 2017.

La décision d'exclusion de son offre était basée sur le fait qu'elle avait procédé à une modification des conditions particulières, or elle n'avait procédé à aucune modification de la sorte.

5. Le 24 mai 2018, l'OBA a conclu au rejet du recours.

Albos avait modifié les conditions générales et particulières en réduisant sa responsabilité en matière de protection de l'ouvrage, et en excluant de ses prix des travaux tels que la préparation du support, lissage, rhabillage, imprégnation de la chape et protections. Sa couverture d'assurance responsabilité civile n'était que de CHF 5'000'000.-, alors qu'une couverture de CHF 10'000'000.- était prévue dans les conditions générales. Pour des raisons d'égalité de traitement entre soumissionnaires, tous les candidats devaient offrir des prestations aux mêmes conditions. Par ailleurs, une entreprise de revêtements de sol ne pouvait exclure les travaux de préparation du support dans le cadre d'un projet de rénovation. Enfin, à la suite de l'évaluation des offres sur la base des critères annoncés dans le dossier d'appel d'offres, l'offre de Ducrest avait été classée en première position et le marché avait été adjugé à cette société.

6. Le 4 juin 2018, le juge délégué a fixé un délai au 13 juillet 2018 aux parties pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.

7. Le même jour, le juge délégué a fixé un délai au 15 juin 2018 à l'OBA pour lui indiquer si le contrat avec Ducrest avait été conclu.

8. Par courrier du 14 juin 2018, l'OBA a informé le juge délégué que, dans la mesure où Albos n'avait pas requis la restitution de l'effet suspensif à son recours, des travaux avaient été commandés auprès de l'adjudicataire. Un contrat d'entreprise serait signé prochainement ; l'OBA considérait néanmoins que les parties étaient liées contractuellement par l'offre de Ducrest.

9. Le 11 juillet 2018, Albos a répliqué, persistant dans ses conclusions.

Le dossier d'appel d'offres « K2 » prévoyait à la p. 20 la possibilité pour le soumissionnaire de formuler ses commentaires par écrit, sur l'une ou l'autre des conditions dans le même délai que pour le dépôt de l'offre. Elle avait respecté l'ensemble des exigences et critères énoncés et avait usé de son droit prévu dans le document « K2 » en joignant un document séparé qu'elle avait pour habitude de joindre à toutes ses offres. La clause permettant aux soumissionnaires de formuler des commentaires excluait ainsi d'emblée la possibilité d'écarter son offre au motif qu'un document portant sur les conditions avait été joint à l'offre, puisqu'il s'agissait d'un droit prévu dans le texte de l'appel d'offres. Par ailleurs, le fait qu'un soumissionnaire ait fait usage de son droit aux commentaires ne les rendait pas contraignants pour le maître de l'ouvrage. Le document informatif joint par la société n'avait pas vocation à se substituer aux conditions prévues dans la soumission. Elle avait, par sa signature, accepté les conditions de l'appel d'offres sans aucune réserve.

S'agissant du montant de la couverture de l'assurance responsabilité civile, il était normal et habituel d'adapter la couverture par chantier lors de la signature du contrat en fonction des exigences particulières, néanmoins, elle avait calculé son offre en tenant compte du coût supplémentaire qui serait engendré par l'adaptation de sa couverture responsabilité civile pour le chantier en question en cas de signature du contrat.

10. L'OBA ne s'est quant à lui pas manifesté.

## **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 15 al. 1, al. 1bis let. d et al. 2 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 - AIMP - L 6 05 ; art. 3 al. 1 de la loi du 12 juin 1997 autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP - L-AIMP - L6 05.0 ; art. 55 let. e et 56 al. 1 RMP ; art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. a. La qualité pour recourir en matière de marchés publics se définit en fonction des critères de l'art. 60 al. 1 let. a et b LPA, applicable par renvoi de l'art. 3

al. 4 L-AIMP. Elle appartient aux parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée, chacune de celles-ci devant néanmoins être touchée directement par la décision et avoir un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Tel est le cas de celle à laquelle la décision attaquée apporte des inconvénients qui pourraient être évités grâce au succès du recours, qu'il s'agisse d'intérêts juridiques ou de simples intérêts de fait (ATA/1329/2018 du 11 décembre 2018 consid. 3a ; ATA/1443/2017 du 31 octobre 2017 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014).

b. En matière de marchés publics, l'intérêt actuel du soumissionnaire évincé est évident tant que le contrat n'est pas encore conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, car le recours lui permet d'obtenir la correction de la violation commise et la reprise du processus de passation. Mais il y a lieu d'admettre qu'un soumissionnaire évincé a aussi un intérêt actuel au recours lorsque le contrat est déjà conclu avec l'adjudicataire, voire exécuté, car il doit pouvoir obtenir une constatation d'illicéité de la décision pour pouvoir agir en dommages-intérêts (art. 18 al. 2 AIMP ; art. 3 al. 3 L-AIMP ; ATF 137 II 313 consid. 1.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D\_24/2017 du 14 mai 2018 consid. 2.2.1 ; ATA/516/2018 du 29 mai 2018 consid. 2b). Le recourant qui conteste une décision d'adjudication et déclare vouloir maintenir son recours après la conclusion du contrat conclut, au moins implicitement, à la constatation de l'illicéité de l'adjudication, que des dommages-intérêts soient réclamés ou non (arrêt du Tribunal fédéral 2P.307/2005 du 24 mai 2006 consid. 2).

c. En l'espèce, en juin 2018, l'OBA a informé le juge délégué que des travaux avaient déjà été commandés auprès de Ducrest, qu'il considérait que les parties étaient liées contractuellement par l'offre de la société et qu'il s'apprêtait à signer le contrat d'entreprise. Il est dès lors possible de considérer que le contrat a déjà été conclu. En tant que soumissionnaire exclue, la recourante conserve toutefois un intérêt juridique à faire annuler la décision litigieuse afin d'être réintégrée dans la procédure d'adjudication, son recours lui permettant d'obtenir une éventuelle indemnisation. Le recours est par conséquent également recevable de ce point de vue.

3. L'objet du litige consiste à déterminer si l'exclusion par l'OBA de la recourante du marché public en cause est conforme au droit.
4. a. Pour des motifs d'économie de procédure, le pouvoir adjudicateur peut, voire doit écarter d'emblée les dossiers qui ne remplissent pas les conditions d'admission au marché (Étienne POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, p. 186 n. 297). Ce principe est concrétisé à l'art. 42 al. 1 let. a RMP, aux termes duquel l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). Les documents d'appel d'offres contiennent des

spécifications techniques qui précisent la nature des besoins du pouvoir adjudicateur ; si ces exigences ne sont pas remplies par la soumission, celle-ci doit être exclue de la suite de la procédure (Étienne POLTIER, op. cit., p. 186 n. 297). Ces conséquences rigoureuses découlent de l'application des principes à la fois d'égalité de traitement entre concurrents et de transparence (Étienne POLTIER, op. cit., p. 186 n. 297). En déposant une offre, les fournisseurs se soumettent en effet au cadre tracé par l'appel d'offres. Dès lors, les soumissionnaires doivent proposer des prestations qui correspondent à celles demandées par le pouvoir adjudicateur. Plus spécialement, l'offre doit être complète ; une offre formulée avec des réserves du soumissionnaire ou comportant une déclaration interprétative de ce dernier n'apparaît pas comme une offre complète. Si cela lui paraît nécessaire, le fournisseur doit procéder par le biais de questions au pouvoir adjudicateur pour obtenir des explications sur la portée des documents de soumission, afin de déposer une offre dénuée de réserves (Étienne POLTIER, op. cit., p. 191 n. 306).

b. Dans les situations où le dépôt de variantes est admis, cela ne signifie pas que le fournisseur est habilité à définir librement les prestations comprises dans la variante qu'il propose. Selon l'art. 22a al. 2 de l'ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP - RS 172.056.11), la variante doit permettre d'atteindre elle aussi le but poursuivi par le marché, certes d'une manière différente de celle prévue par le cahier des charges. Cela signifie en tous les cas que la variante doit comporter les prestations essentielles décrites dans l'appel d'offres, à défaut de quoi elle doit faire l'objet d'une mesure d'exclusion du marché. Il convient également de prendre en compte le principe de la proportionnalité dans ce cas de figure (Étienne POLTIER, op. cit., p. 192 n. 307 et 308).

5. a. La chambre de céans s'est toujours montrée stricte au sujet du formalisme qui caractérise le domaine des marchés publics (ATA/801/2016 du 27 septembre 2016 consid. 9 ; ATA/535/2011 du 20 août 2011 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4 ; 2C\_197 et 2C\_198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6) pour autant que la même rigueur, respectivement la même flexibilité soit appliquée à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/753/2016 du 6 septembre 2016 consid. 4f ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016 ; ATA/175/2016 du 23 février 2016 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in *Droit des marchés publics* 2008, n. 63 p. 186, n. 64 p. 186 et n. 66 p. 187 ; Olivier RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in *RDAF* 2007 I 187 et 289). Ledit formalisme permet en effet de respecter notamment le principe d'intangibilité des offres remises, de même que celui de l'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/175/2016 précité consid. 4 ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014).

Le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêts du Tribunal fédéral 2C\_197/2010 et 2C\_198/2010 précité consid. 6.5). En revanche, elle interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, op. cit., n. 63 p. 186 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, Droit des marchés publics, 2002, p. 110).

b. Le principe de la transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100 ss). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 175 ss).

c. Le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/899/2016 du 25 octobre 2016 consid. 6a ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 241 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/Nicolas MICHEL, op.cit., p. 109). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, annexe D, ch. 2, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008).

d. L'épuration des offres constitue un préalable à la phase de leur évaluation sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions d'appel d'offres, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du

marché (JAAC 2001 65.78 consid. 3a ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 consid. 5c ; ATA/457/2011 du 26 juillet 2011).

6. En l'espèce, la recourante a ajouté au dossier d'appel d'offres un document à teneur duquel les travaux tels que la préparation du support, lissage, rhabillage, imprégnation de la chape, protections etc. n'étaient pas compris dans le prix. Elle a, de ce fait, modifié les conditions du contrat FMB-FAI en restreignant sa responsabilité en matière de protection de l'ouvrage. Elle a également émis une réserve s'agissant du montant de sa couverture d'assurance responsabilité civile en prévoyant un montant de CHF 5'000'000.- au lieu des CHF 10'000'000.- figurant dans les conditions générales.

L'argument de la recourante selon lequel le dossier d'appel d'offres lui offrait la possibilité de faire des commentaires ne peut être retenu. En effet, bien que le dossier d'appel d'offres admette des variantes, celles-ci doivent comporter les prestations essentielles décrites dans l'appel d'offres. Or, la modification des conditions générales opérée par la recourante a pour résultat que son offre ne présente plus les prestations essentielles prévues dans le cahier des charges.

L'adjonction de ce document modifiant les conditions générales ne peut pas non plus être assimilée à une informalité de peu de gravité, dont la prise en compte serait proscrite par le principe de l'interdiction du formalisme excessif. La modification en cause serait en effet susceptible d'entraîner des conséquences non négligeables par rapport à la conformité de l'offre aux documents de l'appel d'offres.

Enfin, l'autorité adjudicatrice a soigneusement décrit l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables. Les conditions générales et particulières figurant dans le dossier « K2 » donnent une définition claire et précise de ses besoins dans le cadre de la rénovation de l'ancienne École de Médecine. L'OBA a par ailleurs traité tous les soumissionnaires d'une manière égale, raison pour laquelle elle n'a pas pu accepter la modification des conditions générales opérée par la recourante. Dans la procédure d'adjudication, l'autorité a ainsi respecté les principes de la transparence et de l'égalité de traitement entre soumissionnaires qui régissent le droit des marchés publics.

Au vu de ces éléments, c'est de manière conforme au droit que l'OBA a exclu la recourante de la procédure d'adjudication. La décision d'exclusion de la recourante du marché public en question de l'OBA ne peut qu'être confirmée.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

7. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 18 avril 2018 par Albos Sàrl contre la décision de l'office des bâtiments du 16 avril 2018 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à charge d'Albos Sàrl un émolument de CHF 1'000.- ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF – RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public :

si la valeur estimée du mandat à attribuer n'est pas inférieure aux seuils déterminants de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics ou de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics ;

s'il soulève une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Albos Sàrl, à l'office des bâtiments, ainsi qu'à la commission fédérale de la concurrence (COMCO).

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, Mme Junod, MM. Pagan et Verniory,  
Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

M. Mazza

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :